

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 845.779 SANTA CATARINA

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
RECTE.(S)	: ANDRÉ DOS SANTOS FIALHO
ADV.(A/S)	: ISABELA PINHEIRO MEDEIROS GONÇALVES DA SILVA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: BEIRAMAR EMPRESA SHOPPING CENTER LTDA
ADV.(A/S)	: LÉDIO DE NOVAES MARTINS E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO
ADV.(A/S)	: GABRIELA RONDON ROSSI LOUZADA
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT
ADV.(A/S)	: RAFAEL DOS SANTOS KIRCHHOFF
AM. CURIAE.	: CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS- CLAM E LABORATÓRIO INTEGRADO EM DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO, POLÍTICAS E DIREITOS- LIDIS
ADV.(A/S)	: JULIANA CESARIO ALVIM GOMES

O Senhor Ministro Edson Fachin: Ministro Presidente, **elogiando o ilustre Ministro relator pelo seu acutíssimo voto**, não posso me furtar de trazer a este Plenário, ainda que sinteticamente, voto com contribuições daquilo que colhi ao longo dos anos ao refletir sobre temas que estão direta ou indiretamente conectados com o presente caso na perspectiva dogmática do Direito Civil Constitucional.

Como se sabe, as inflexões constitucionais, especialmente à luz da dignidade da pessoa humana - fundamento maior de nossa República -, dos direitos humanos e fundamentais, foram as grandes responsáveis pela repersonalização dos vários ramos do Direito Privado e pela recompreensão - verdadeira virada Copernicana, como já consignei em outras ocasiões - que a ela se seguiu.

Da categoria de sujeito de direito, voltou-se à pessoa. Assim, não mais o olhar pode partir tão somente do sujeito formalmente igualizado pelas potenciais relações econômicas a serem travadas no seio do

convívio social à luz de sua abstrata capacidade de contratar, mas sim da pessoa, antes obscurecida, sombreada, e agora igualizada em perspectiva material à luz de sua dignidade.

De igualdade formal que esconde a pessoa real, a travessia que ora se põe dá-se em direção à igualdade material que não se nega a ver a identidade e eticidade constituintes da própria individualidade.

Da conversação constante entre seres humanos dotados das mais diferentes especificidades e peculiaridades, parte-se da apreensão daquilo que se faz presente no colorido da vivência real - a força constitutiva dos fatos, também ela fonte de normatividade -, e que permite que se desvelem sentidos e se compreenda o Direito não como mera operação mecânica, mas como constante processo dialógico, cuja toada, como não poderia deixar de ser, é dada pela narrativa constitucional em que nos inserimos.

Com essas considerações preliminares, adianto que acompanharei as conclusões do Ministro Relator para reconhecer a ocorrência de dano moral na hipótese de restrição injustificada do uso de banheiro público adequado à identidade de gênero de mulher transexual pelas razões que seguem. Permito-me, pois, agregar a fundamentação que segue.

De início, cabe ressaltar que a solução apresentada pela Corte deve passar pela filtragem da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e da cláusula material de abertura prevista no § 2º do art. 5º. Nesse sentido, em que pese o entendimento das instâncias inferiores sobre a inexistência de relação de consumo, o presente caso transcende tal discussão, sendo melhor compreendido e solucionado à luz dos direitos fundamentais, de sua eficácia horizontal e dos direitos da personalidade.

Por isso, como bem posto no aprofundado parecer apresentado pela Procuradoria-Geral da República e pelos *amici curiae* Centro Latino-

Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM) e Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos (LIDIS), não se pode descurar que a solução para a questão aqui discutida possuirá grande impacto no que também se refere à segurança e integridade de uma específica minoria.

Foi ressaltado pelos já mencionados *amici curiae* que:

"13. O Brasil é o país que mais mata pessoas trans no mundo. O Projeto de Monitoramento de Assassinatos Trans (Trans Murder Monitoring - TMM - Project) aponta que, em termos absolutos, entre janeiro de 2008 e dezembro de 2014, entre os países em que esses dados foram produzidos, o Brasil foi aquele com o maior número absoluto de assassinatos de pessoas trans (689 homicídios). Corresponde, pois, a 51% dos 1.356 casos desse tipo de homicídio registrados na América Latina.

14. No mesmo sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização de Estados Americanos (OEA) registrou o Brasil como o país com o maior número de mortes violentas de pessoas trans no continente, no período de janeiro de 2013 a março de 2014. Com uma diferença de 100 casos para o segundo colocado, o país registrou 140 assassinatos".

Dessa forma, os fundamentos que ora apresento são postos de modo direto e claro, de forma que de modo algum, possam representar a fragilização de uma minoria já bastante vulnerável.

Perceba-se que tal como no caso concreto que leva à apreciação do importante tema ora posto, dando sustentáculo à ideia de se impedir que mulheres transexuais utilizem banheiros públicos femininos se utiliza o argumento do desconforto, constrangimento ou insegurança às demais usuárias, o que não raras vezes reverbera preconceitos conscientes ou inconscientes e o desconhecimento do outro.

À luz da narratividade constitucional, do direito constitucional positivo e da triste realidade a que se submetem não apenas as mulheres transexuais, mas também os homens transexuais, afigura-se imprescindível adentrar o debate exercitando alteridade e empatia, à luz da solidariedade que constitui um dos princípios fundamentais de nossa República (art. 3º, I, CRFB).

Nas lições de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, ao tratar da exigência de um comportamento ético e responsável com o outro a partir da ética da alteridade de Emmanuel Levinas, *“nós somos aquilo que respondemos ao apelo do Outro. Apelo falado ou mudo. Apelo que nos chama a sermos aquilo que respondemos, mesmo quando ignoramos o Outro, mesmo quando negamos atender o que se pede. Somos sempre essa resposta, pois somos responsáveis por ela. Somo, pois, essa responsabilidade”*. (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (O) Outro (e) (o) Direito. Vol. II. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 155). A resposta a ser dada ao presente caso deve, pois, cingir-se dessa ética da alteridade, que escute e responda ao apelo do Outro. Essa resposta deve ser refletida e dada à luz da necessidade do outro.

A recorrente apresentou recurso extraordinário com base no art. 102, III, ‘a’, CRFB, tendo como fundamento, entre outros, à violação pelo acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao art. 3º, III, e 5º, X, os quais dão o tom da solução jurídica que ora submeto aos ilustres pares.

A Constituição em seu art. 5º, *caput*, estabelece a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ao passo que em seus incisos se podem ver assegurados a: i) igualdade entre homens e mulheres (inciso I), bem como ii) a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X).

Como já consignei, tais dispositivos não podem ser lidos de forma

distanciada da cláusula de tutela geral da personalidade fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, mote da repersonalização do Direito Privado. Isso porque *"os direitos de personalidade não têm por fundamento o dado abstrato da personalidade jurídica, mas, sim, a personalidade como dado inerente ao sujeito concreto"* (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Princípio da Dignidade Humana (no Direito Civil). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p. 314).

E, em razão da cláusula material de abertura prevista no § 2º do art. 5º, da CRFB, igualmente não podem ser vistos isolados da perspectiva da prevalência dos direitos humanos, princípio que inclusive rege as relações internacionais da República, como estabelecido no Art. 4º, II, da CRFB.

Conforme decidido pelo Plenário desta Corte em deliberação que reconheceu a presença do requisito constitucional da repercussão geral ao presente caso, restou incontroverso nos autos o fato de a recorrente ter sido abordada no toalete feminino por uma funcionária do *shopping* recorrido, que solicitou que fizesse uso do banheiro masculino.

Cabe, assim, perquirir as consequências jurídicas de tal fato, devidamente delineado no acerto fático realizado pelas instâncias ordinárias.

Consigno, por oportuno, que constou no acórdão recorrido que *"(...) não há relato de que a abordagem realizada pela funcionária do Beiramar Shopping tenha sido fruto de discriminação por ser o autor transexual, tampouco há informação de que o requerente tenha sido abordado de forma rude ou agressiva"*, chegando-se à conclusão de que *"(...) o acontecimento narrado, embora lamentável, não enseja o pagamento de indenização, porquanto o dano moral indenizável é aquele que corresponde à lesão a direito da personalidade, que repercute sobremaneira no psiquismo do lesado; e não se*

enquadra no conceito o mero incômodo ou aborrecimento”.

Vê-se aqui postura que claramente se negou a ver a legalidade constitucional.

Ademais, quando se lê a cláusula de igualdade entre *homens e mulheres* prevista na Constituição da República, não se pode descurar das mais variadas obrigações a que o Brasil se vinculou na esfera internacional no que se refere à proteção dos direitos humanos.

Como recentemente frisado pelo Min. Gilmar Mendes neste Plenário, as cláusulas constitucionais, à luz do próprio princípio da maior eficácia aos direitos fundamentais, se veem robustecidas em sua especificidade, à luz do direito internacional, o que inclusive dá concretude à compreensão há muito afirmada em sede doutrinária de sua *universalidade*.

Assim, a igualdade entre homem e mulher, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigos 2º, 1, e 26), abaixo transcritos:

”ARTIGO 2º

*1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, **sexo**, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento **ou qualquer condição**.*

ARTIGO 26

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer

forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”

Dessa forma, o dispositivo necessariamente abarca, as mulheres e os homens transexuais. É necessário, ainda nessa toada, perquirir pela noção de identidade de gênero a fim de se poder compreender a questão em sua plenitude.

Nesse sentido, extremamente elucidativa a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Nele se consigna logo de partida em seu preâmbulo que identidade de gênero:

“(...) como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismo”.

A partir de tais elementos, permite-se perquirir à luz de todo o arcabouço constitucional, como os específicos dispositivos constitucionais que versam sobre a intimidade e a vida privada incidem e regulam a situação concreta em análise.

Perceba-se desde logo que não se afiguraria correto, em meu sentir, condicionar o reconhecimento da identidade de gênero à realização de

eventual cirurgia de redesignação, pois isso repercutiria como uma segunda e grave violação a também ensejar dano moral.

Colho aqui as importantes lições de Camila de Jesus Mello Gonçalves, construídas em tese defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob orientação do professor Celso Lafer e agora publicadas em livro:

"Argumentos favoráveis a admitir o direito à identidade sexual do transexual não operado podem ser alinhavados, com vistas a evitar o aprofundamento de seu constrangimento e de sua dor, pela imposição de uma cirurgia que seria sentida como uma violência física a quem já experimenta um grave desconforto psíquico.

Em tal circunstância, exigir a intervenção cirúrgica como condição para o reconhecimento da identidade de gênero pode acabar implicando uma violação à autonomia e ao direito à integridade, na hipótese em que a pessoa se submeta à operação coagida pela necessidade de obter a adequação entre a sua aparência e a sua qualificação jurídica, sendo forçada a concordar com a mudança em seu corpo para ter reconhecido seu gênero e identificação.

(...)

*Nessa hipótese, a cirurgia, ao invés de concretizar o exercício de liberdade e do direito à integridade psicofísica, em prol do desenvolvimento da personalidade, realizar-se-ia como forma de evitar a discriminação; ou seja, acabaria consistindo em uma segunda violação de direitos, agora sobre a integridade física de quem já sentia discriminado por conta da identidade de gênero". (GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Transexualidade e Direitos Humanos: O Reconhecimento da Identidade de Gênero entre os Direitos da Personalidade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 218)*

Como explica a autora, a questão da identidade de gênero lida na perspectiva da identidade individual - ou seja, enquanto manifestação da dignidade da pessoa na condição de ser moral, como consignei no início

deste voto -, desdobra-se em uma dupla dimensão.

De um lado, é possível ver um elemento que é abarcado pela dimensão de resguardo, à luz da proteção constitucional da intimidade e da vida privada. Trata-se de ambiência em que se trava o silencioso processo de autoconhecimento em que se tem a convicção íntima da pertença a gênero oposto, em contradição com o sexo biológico.

De outro, porém, adentra-se o âmbito relacional, das intersubjetividades, em que se tem a expressão pública da pessoa, aquilo que é por ela levado à esfera pública ao conhecimento dos demais nas diversas relações travadas no seio social, seja por atos, gestos ou palavras desveladas em sua significação à luz do conhecimento compartilhado na dialeticidade cotidiana.

Conclui a autora, ressaltando que na cultura ocidental os órgãos sexuais referem-se à dimensão privada da identidade ("partes íntimas"), que há, portanto, na segunda perspectiva, fundamentos aptos à admissão da identidade de gênero independente da anatomia do sexo (GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Transexualidade e Direitos Humanos: O Reconhecimento da Identidade de Gênero entre os Direitos da Personalidade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 219-221).

Recordo que em relatório formulado pelo Prof. Stéfano Rodotà sobre as conclusões a que se chegou nos debates ocorridos no 23º Colóquio sobre Direito Europeu realizado há mais de vinte anos na Vrije Universiteit Amsterdam, na Holanda, ao tratar dos temas de intimidade e da vida privada ligados ao tema da transexualidade, esquadrinhou naquela ocasião sua preferência expressa pela utilização da expressão esfera privada no lugar de vida privada.

Isso teve em mira, como se poderá constatar, a partir da necessária interação entre a dupla dimensão antes delineada.

Como aduz o autor, os temas ligados à intimidade não devem "(...) ser considerados rigorosamente ligados à ideia de sigilo, mas a algo muito mais complexo que requeira proteção em razão de escolhas de vida que devem ser protegidas contra o controle estatal e estigmatização social". E continua o professor de Roma o seu raciocínio:

"A vida privada não deve ser considerada tão somente como algo dado, mas sim como algo diretamente construído pela pessoa interessada. Dessa forma, eu prefiro falar em esfera privada no lugar de vida privada, como algo que tem sido construído direta e continuamente pela pessoa interessada; ela [esfera privada] é o resultado de uma interação entre o que é privado e a sociedade, contribuindo bastante para a própria definição da identidade pessoal e, conseqüentemente, para aquela parte da identidade pessoal que é denominada identidade sexual" (Traduções livres de: RODOTÀ, Stefano. General Presentation of Problems related to Transsexualism. In: *Transsexualism, Medicine and Law: Proceedings of the XXIIIrd Colloquy on European Law*. Strasbourg: Concil of Europe Publishing, 1995. p. 22-23).

Bem por isso, acolho a visão parcimoniosa do parecer da Procuradoria-Geral da República de que se afigura necessário *"um mínimo de exteriorização dessa vontade de se identificar como do sexo oposto"*, ou seja, a imprescindibilidade de se traçar um marco distintivo à luz da noção de vivência de gênero na perspectiva da identidade e não da mera funcionalidade.

Essa postura evita, a um só tempo, eventual abuso de direito e tentativas de locupletamento ilícito mediante dano moral. Como lá consignado, *"não é razoável presumir o dano praticado em relação àquele que não apresente processo mínimo de transformação de gênero que permita identificar essa vontade de identificação individual e pessoal"*.

Ora, nessa ótica e com tais balizas, bem se percebe que os

argumentos do desconforto, constrangimento ou insegurança das demais usuárias a fim de vedar a utilização por mulheres transexuais de banheiros públicos femininos cai por terra.

Evidencia-se, assim, quando com olhar solidário e empático, como é a sujeição à utilização de banheiros designados ao gênero masculino pelas mulheres transexuais que externalizam a sua vontade de identificação de gênero na dupla dimensão do direito à identidade que se torna absolutamente violadora de sua dignidade.

Uma vez mais o exemplo trazido pela Procuradoria-Geral da República mostra o potencial tumulto a ser gerado pelo entendimento preso à compreensão do sexo biológico:

"Ademais, impossibilitar que o transgênero faça uso do banheiro referente ao sexo com o qual se identifica pode representar um fator de instabilidade também para os [adiciono, demais] usuários desses espaços públicos. Para alcançar tal conclusão, basta pensar no potencial tumultuário gerado pela entrada de um trans-homem, com compleições físicas (e psíquicas) masculinas, muitas vezes idênticas ao de quem nasceu biologicamente homem, em banheiro destinado a mulheres".

De outro lado, ainda sobre o conteúdo do direito à identidade e à sua afirmação pública, constata-se facilmente que tal direito não se satisfaz com a utilização de um terceiro banheiro, para além da divisão binária entre masculino e feminino, pela mulher transexual, o que certamente enfraqueceria o próprio senso de inclusão no seio comunitário e à reprimenda da afirmação da própria identidade.

O ponto foi bem percebido por Roger Raupp Rios e Alice Hertzog Resadori:

"Banheiros neutros do ponto de vista de gênero somente para transexuais

ou banheiros indicados expressamente e exclusivamente para transgêneros, sem a possibilidade de transexuais femininas adentrem em banheiros femininos, criam uma terceira e estigmatizada classe de usuários, o que viola a dignidade humana das usuárias transexuais e configura discriminação inconstitucional. Ao mesmo tempo, desrespeita a identidade de gênero feminina das pessoas transexuais e anuncia uma estranha e exótica categoria, desviada da “normalidade” de gênero” (RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog. Direitos Humanos, Transexualidade e 'Direito dos Banheiros'. In: *Direito & Práxis*, V. 06, N. 12, Rio de Janeiro, 2015, p. 196-227, p. 217).

Claro, portanto, que a conduta incontroversa nos autos praticada pela parte recorrida de interpelar a recorrente, independente de essa abordagem ter ou não sido rude ou agressiva, violou os dispositivos constitucionais conforme delineado na narrativa constitucional pátria, sendo, portanto, passível de indenização por danos morais.

Como asseverou Álvaro Ricardo de Souza Cruz: *“A prepotência de acreditar saber mais, de acreditar saber o que é melhor, nega ao Outro o direito de ser ouvido”*. (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (O) Outro (e) (o) Direito. Vol. II. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 155). É esse apelo que deve ser ouvido, aqui enfrentado e, agora, provido.

Dessa forma, deve o acórdão recorrido ser reformado, restabelecendo-se condenação da parte recorrida ao pagamento de indenização.

Tendo em vista que o inciso III do art. 102, da CRFB, estabelece competir a esta Corte *“julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas (...)”*, entendo não se estar diante de hipótese cassacional, devendo-se desde logo enfrentar a fixação do *quantum* indenizatório.

Entender de modo contrário poderia semear desnecessárias controvérsias e favorecer eventuais posturas recalcitrantes nas instâncias

ordinárias, fazendo com que o ônus temporal do processo recaísse de forma ainda mais clara perante a parte recorrente que teve seu direito violado há mais de 5 (cinco) anos.

Dessa forma, tendo em vista que o Juízo de primeiro grau teve contato mais próximo com a produção das provas e, conseqüentemente, com as peculiaridades fáticas do caso concreto, entendo ser correto o conjunto de premissas ali definidas e quanto ao valor por ele fixado em sentença, proponho majorar o *quantum*. Não há aqui revolvimento de matéria fática ou de premissa fática, é apenas substituição do juízo indenizatório. Proponho, diante da humilhação a que foi submetida a requerente, condenação da requerida Beiramar Shopping Center em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora, no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a contar da data do evento - 08/08/2008.

Ressalto, inclusive, que merece ser elogiada a decisão no que se refere ao seu zelo na utilização da linguagem, postura que também se viu no douto parecer da Procuradoria-Geral da República. Há, assim, que se proceder a reautuação do presente recurso para que se inclua o nome social da requerente e, em adição, ao lado deste, o seu nome civil.

Diante de todo o exposto, **julgo procedente o presente recurso extraordinário**, dando prosseguimento ao agravo respectivo, reformando o acórdão recorrido para o fim de reconhecer a ocorrência do dano moral sofrido pela recorrente, restabelecendo a condenação no dever de indenizar, mas com a majoração do valor indenizatório para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), os quais devem ser corrigidos desde a data do evento – 08/08/2008.

É como voto, acompanhando o Relator.